
A DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA NO MERCADO DE TRABALHO

GENETIC DISCRIMINATION IN THE LABOR MARKET

LUIZ EDUARDO GUNTHER

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1977). É Magistrado do Trabalho em Segundo Grau. Professor na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

CLÁUDIA CRISTINA PEREIRA

Desembargadora do 9º Tribunal Regional do Trabalho do Paraná e Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

RESUMO

O presente artigo científico objetiva estudar a nova forma de discriminação que surgiu a partir dos avanços tecnológicos contemporâneos e como ela pode obstruir o acesso ao mercado de trabalho. A discriminação genética, como obstáculo para as relações de emprego, é um assunto importante e atual no direito do trabalho. Analisa-se a existência da agressão a princípios e valores fundamentais consignados no sistema jurídico pátrio. A discriminação pode ocorrer da má utilização do material genético avaliado, com o descobrimento de alguma probabilidade de o indivíduo sofrer futuramente de uma doença apontada no seu código genético. Através dos testes genéticos, o empregador pode não contratar o candidato ao cargo, não pela sua falta de conhecimento ou aptidão técnica para a vaga, mas resultante de uma cadeia genética considerada “defeituosa” para os padrões e valores atuais, acarretando a discriminação genética no âmbito trabalhista. Este artigo também tem como desafio estudar os aspectos éticos e jurídicos desse procedimento e como eles influenciam a saúde física e mental do ser humano, à luz dos direitos personalíssimos consubstanciados na Constituição Brasileira, tais como a intimidade, privacidade e a informação, ante esse novo tipo de discriminação. Neste aspecto, este artigo objetiva analisar a discriminação genética na seara

do direito do trabalho a partir de pesquisa de legislação e tratados internacionais, pesquisa bibliográfica e comparativa, o que permitiu concluir que a matéria é protegida na Constituição Brasileira através dos princípios fundamentais, mas ainda há muito a se legislar sobre o assunto na esfera infraconstitucional, tomando-se por direcionamento a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos de 1997.

PALAVRAS-CHAVE: Desafios da Administração Moderna. Dignidade. Discriminação genética. Ética. Direito à Privacidade. Acesso ao trabalho.

ABSTRACT

This scientific article aims the study of a new form of discrimination that emerged from contemporary technological advances and how it might obstruct the access the labor market. The genetics discrimination as a obstacle to labor relations is an important and current topic in labor Law. It is analysed hereby the existance of aggression to the principles and fundamental values consigned in the Brazilian legal system. The discrimination might occur from a bad utilization of genetics material evaluation, when discovered a probability of a human being to suffer in the future a disease pointed out in the genetic code of a person. By way of genetic tests the employer may decide not to hire the candidate to a position, not due to lack of knowledge or ability to the position, but resulting of a genetic chain considered as “defective” for current Standards and values, leading to the genetic discrimination in labor sphere. This article also has a challenge the study of ethical and legal aspects of this proceeding and how they influence the phisical and mental health of the human being in light of personal rights substantiated in the Brazilian Constitution, such as intimacy, privacy and information, in view of this new type of discrimination. In this aspect, this articles aims the analysis genetic discrimination in labor law from legislation and international treaties researches, bibliographic and comparative research. This allowed the conclusion that this branch is protected by the Brazilian Constitution by way of fundamental principles, but there is still much to be done in terms of infraconstitucional legislation, having as grounds the International Declaration on Human Genetic Data of 1997.

KEYWORDS: Dignity; Genetic Discrimination; Ethics. Right to Privacy; Job Access.

INTRODUÇÃO

A discriminação no mercado de trabalho é ampla causa de repúdio na sociedade e mal vista no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, ela continua existindo na prática das mais variadas formas, quais sejam as discriminações por gênero, cor, religião, etnia, entre outras. Mais recentemente, devido a novas tecnologias, discute a má prática da discriminação genética no mercado de trabalho, que ocorre sem a observância do direito à privacidade e intimidade da pessoa humana. A problemática levantada é de suma importância, tendo em vista que o resultado de um simples exame de sangue, quando mal utilizado, pode mudar adversamente a vida de um ser humano.

2 A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DOS DADOS GENÉTICOS, PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A NÃO DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DO TRABALHO

A informação genética pode ser utilizada para identificar o seu portador, demonstrando suas características biológicas e a de seus familiares. Dessa forma, merecem a mais irrestrita e ilimitada proteção. A legislação brasileira está extremamente distante das exigências estabelecidas na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e, em destaque, o estabelecido na Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. A legislação pátria não dispõe de normas infraconstitucionais específicas sobre a proteção dos dados genéticos do ser humano. Passe-se, então, à aplicação de normas de forma analógica à matéria.

O Art. 1º, inciso III, da Constituição Brasileira, dispõe sobre o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que significa a existência de reger-se por normas democráticas, com respeito pelas autoridades públicas aos direitos e garantias individuais. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano. Assim sendo, pesquisas relacionadas ao material genético humano devem orientar-se dentro dos valores da Constituição Federal, embasados no princípio da dignidade humana.

A dignidade humana, na definição de Alexandre de Moraes, é uma:

Unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das

concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos na busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2015, p. 18)

Ingo Wolfgang Sarlet bem define a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

Dispõe o Art. 5º, inciso X da Constituição Brasileira que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O artigo em estudo visa dar proteção constitucional à pessoa, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas e garantindo o desenvolvimento de sua personalidade. Adicionalmente, este princípio delimita quaisquer pesquisas científicas relacionadas a material genético humano.

É difícil a tarefa de distinguir vida privada de intimidade. A intimidade integra a esfera íntima da pessoa, repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do ser humano. A vida dos seres humanos compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A vida interior, inerente à mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.

Cabe ressaltar que os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada são diferenciados por meio da maior extensão do primeiro, que está no âmbito de incidência do segundo. Intimidade relaciona-se às relações subjetivas, e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, como relações comerciais, de trabalho, estudo, etc

A Constituição Brasileira destacou no capítulo do Meio Ambiente disposição sobre o ambiente ecologicamente equilibrado, afirmando em seu Artigo 255 que

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético". (BRASIL, 1988)

A discriminação também é tratada na Constituição Brasileira no Art. 3º, inciso IV, determinando que é objeto fundamental do Estado Democrático de Direito a promoção do bem comum, sem preconceitos e discriminações. A menção deste dispositivo legal é muito importante, pois a discriminação muitas vezes é consequência de atos de invasão da privacidade das pessoas. Mais adiante, e no texto do Art. 5º, inciso XLI, está disposto que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

De um modo geral, a Constituição Brasileira traz, de forma expressa, garantias de isonomia de tratamento aos trabalhadores e não discriminação no trabalho, conforme se extrai do quanto previsto nos seus artigos 5º e 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, *in verbis*: Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; Observa-se, portanto, que a proteção do trabalhador contra práticas discriminatórias está expressamente prevista e assegurada pelo texto constitucional, o qual elenca como direito fundamental do trabalhador a vedação de toda e qualquer forma de discriminação ilícita.

A palavra discriminação apareceu no ordenamento jurídico brasileiro em 1968 e posteriormente em 1988, na Constituição Brasileira. Antes de 1988 a palavra discriminação era utilizada como especificação ou separação, para finalidades administrativas e tributárias. Na Constituição Brasileira a palavra discriminação é empregada com o significado que é

usado atualmente – de fazer uma distinção desfavorável; como tratamento desigual, prejudicial e de natureza injusta contra determinada pessoa ou grupo. (LIMA, 2011, p. 20-21)

Por discriminação entende-se uma agressão aos direitos da pessoa humana, tanto na sua dignidade, liberdade e sua personalidade. Para Maurício Godinho Delgado, discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de um critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. O princípio da não discriminação seria, em consequência, a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante. (DELGADO, 2009)

Francisco Viera Lima Neto conceitua discriminação genética com:

[...] um tratamento diferencial de indivíduos ou seus parentes consanguíneos baseado na sua atual ou presumida diferença genética em relação a outros seres humanos e que decorre do fato de apresentarem sintomas de uma doença de origem genética ou da possibilidade de virem a apresentar determinado comportamento social ou característica “não desejável” (subversão, indolência, excesso ou falta de inteligência, homossexualidade, obesidade, etc.) que seria decorrente da suposta e automática submissão do ser humano aos comandos provenientes dos genes. (LIMA-NETO, 2004, p. 84)

No tocante à legislação infraconstitucional, o dispositivo legal mais significativo sobre não discriminação é a Lei no. 9029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros. Ao dispor a expressão “entre outros” o legislador abriu campo para todas as possíveis formas de práticas discriminatórias e limitativas, logo, a lista de possibilidades discriminatórias apontadas pelo seu art. 1º é meramente exemplificativa, já que expressamente veda “qualquer prática discriminatória e limitativa”.

A discriminação direta ocorre quando exercida de maneira frontal, em consequência de traço pessoal (raça, cor, gênero, idade, entre outros); e a discriminação indireta está relacionada com a adoção de critérios aparentemente impessoais e caprichosos. (MALLET, 2013, p. 98)

O Projeto de Lei 4610 de 1998 (BRASIL, 1988) tramitando no Congresso, atualmente pronto para pauta no plenário da Câmara dos Deputados (2017), anuncia diversas preocupações das prováveis consequências da divulgação de resultados de testes genéticos. Define crimes de discriminação genética e estabelece que a realização de testes preditivos de doenças genéticas ou que permitam a identificação de pessoa portadora de um gene

responsável por uma doença ou pela suscetibilidade ou predisposição genética a uma doença só é permitida com finalidades médicas ou de pesquisa médica e após aconselhamento genético, por profissional habilitado. Seus pontos mais relevantes são: a) quanto à limitação, negação ou descontinuação das coberturas de seguros de qualquer natureza depois de analisado o perfil genético do segurado; b) quanto à recusa, negação ou impedimento de matrícula do aluno em estabelecimento de ensino público ou privado, dentre outros, com base em informações genéticas da pessoa; c) quanto à recusa, negação ou impedimento de inscrição em concursos públicos ou qualquer forma de seleção com base em informações genéticas, ou ainda, com base nessas informações, dificultar ou impedir o acesso ou permanência no emprego, cargo ou função, seja esta na Administração Pública ou entidade privada; e d) preocupa-se, ainda, com o sigilo das informações, penalizando aqueles que divulgam as informações genéticas de uma pessoa, a menos, é claro, que haja autorização prévia e incontestável da mesma.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE A MATÉRIA

O Convênio das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, de 1992, dispôs sobre a diversidade genética da humanidade. Em 1993 houve a edição da Declaração de Bilbao, resultante da Reunião Internacional intitulada “O Direito ante o Projeto Genoma Humano”, sendo o primeiro documento internacional que abordou os diversos aspectos relacionados ao genoma humano. Posteriormente, em 1998, houve a revisão da Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética, surgida em 1996.

Em 1997, por meio da 29ª Conferência da Unesco, foi editada a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 2017), cujo objetivo era uma regulamentação do assunto em âmbito internacional. A Declaração é composta de 25 artigos que tratam da dignidade humana e os direitos humanos, direitos dos indivíduos, pesquisa sobre o genoma humano, condições para o exercício da atividade científica, solidariedade e cooperação internacional, divulgação dos princípios estabelecidos pela declaração e implementação da declaração. A Unesco, na Declaração de 1997, teve como meta a superação das dificuldades para a implementação de princípios éticos e de direitos, para estabelecer limites universais às legislações nacionais e políticas públicas de estados soberanos. Identifica-se na Declaração de 1997, em seus Artigos 2º ao 6º, o princípio da não discriminação com base nas características genéticas do indivíduo, excluindo a possibilidade

de qualquer manifestação de eugenismo, até mesmo em razão de já comprovada falta de valor científico.

Artigo 2 - a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas. b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.

Artigo 6 - Nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana. (ECHTERHOFF, 2010, p. 186)

Salvador Dario Bergel cita a reação social retomada no Art. 7º da Declaração da Unesco, ao estabelecer que ninguém poderá ser objeto de discriminação fundada em suas características genéticas, cujo objeto ou efeito seja atentatório aos direitos e liberdades fundamentais e ao reconhecimento de sua dignidade. O ser humano não pode ser reduzido às suas características genéticas. Persistindo esta visão focalizada, cairíamos em uma nova classe de discriminação social. Salvador Dario Berge entende ainda que:

En un mundo marcado por la desocupación o la precariedad del empleo como fenómenos ya incorporados a la economía corriente, tal información puede llevar a conformar un nuevo segmento de discriminados, sin horizontes de futuro. (BERGEL, 2002, p. 217)

Por último, mas não menos importante, o objetivo do Art. 7º é assegurar que os dados genéticos não sejam utilizados para fins abusivos e ilícitos.

Artigo 7- Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação.

Esta Declaração materializou o trânsito da bioética para o biodireito, exortando os princípios da bioética. Barreto nos ensina que a Declaração da Unesco é:

[...] mais uma etapa no processo de inserção de valores morais na construção de uma ordem jurídica, pois estabelece princípios bioéticos e normas de biodireito, às quais aderiram os estados, e que servirão como patamar ético-jurídico da pesquisa e da tecnologia da biologia contemporânea (BARRETO, 1998)

Como ensina Gisele Echterhoff:

Para o tema ora proposto se verifica a importância de se alçar o valor/princípio da dignidade da pessoa humana como o fundamento desta declaração internacional, da Bioética e do Biodireito. Conforme já mencionado anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado atualmente como cláusula geral da personalidade, como o norte dos demais direitos da personalidade expressamente estabelecidos na legislação nacional, como, por exemplo, o direito à privacidade. Portanto, será a partir da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos que dela se pode extrair que toda a matéria atinente ao Genoma Humano deverá ser interpretada, visando sempre o livre desenvolvimento da personalidade, sem se olvidar do respeito à sua diversidade. (ECHTERHOFF, 2010, p. 185)

Na 32ª da Conferência Geral da Unesco, de outubro de 2004, houve a aprovação da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, composta de 27 artigos. O objetivo da Declaração foi garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade, sabendo-se que podem acarretar riscos para o exercício e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, e para o da dignidade humana, observando que o interesse e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre os direitos e os interesses da sociedade e da investigação.

A adoção da Declaração Internacional de 2004 pelos países signatários em suas normas internas acarreta na aceitação irrestrita dos princípios da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, os quais já estão sedimentados na Constituição Brasileira no princípio da dignidade da pessoa humana.

O Art. 3º da Declaração de 2004 dispõe que cada ser humano tem sua identidade genética, destacando que:

[...] não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que é constituída pela intervenção de complexos fatores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afetivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade.

Logo, a interação com o meio ambiente em seus mais variados aspectos é fator fundamental da formação do fenótipo. A personalidade humana é bem mais complexa e maior do que apenas interações genéticas.

O item “b” do Art. 4º dispõe sobre a natureza sensível da informação genética, impondo a adoção de meios de proteção adequados.

O Art. 5º toca no assunto dos limites éticos e jurídicos determinados na Declaração Universal, no tocante à finalidade do recolhimento e utilização dos dados genéticos humanos.

Por fim, de caráter muito importante para este trabalho, o Art. 7º dispõe sobre a não discriminação:

Artigo 7º – Não discriminação e não estigmatização:

(a) Deverão ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteômicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades.

(b) A este respeito, será necessário prestar a devida atenção às conclusões dos estudos de genética de populações e dos estudos de genética do comportamento, bem como às respectivas interpretações.

O Artigo 14 trata também do acesso às informações genéticas no tocante à vida privada e confidencialidade. Particularmente importante no estudo em questão, o item “b” dispõe sobre o acesso indevido às informações genéticas por parte de terceiros, ao citar explicitamente empregadores, companhias de seguro:

Artigo 14 – Vida Privada e Confidencialidade

(a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável.

(b) Os dados genéticos humanos, os dados proteômicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos. A vida privada de um indivíduo que participa num estudo em que são utilizados dados genéticos humanos, dados proteômicos humanos ou amostras biológicas deverá ser protegida e os dados tratados como confidenciais.

4 INFORMAÇÃO GENÉTICA E RELAÇÕES DO TRABALHO

Da contratação à demissão do trabalhador, as empresas são obrigadas a realizar uma série de exames médicos em seus empregados, para verificar o estado de saúde que apresentam e diagnosticar se tem algum tipo de doença, profissional ou não, ou qualquer quadro clínico que possa vir a desencadeá-las. Estes exames integram o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e tem o caráter de prevenir e fazer diagnóstico precoce dos prejuízos a saúde relacionados ao trabalho e de constatar a existência de doenças profissionais ou danos irreversíveis a saúde do trabalhador. Havendo indicação de fatores desencadeantes de doenças, profissionais ou não, os serviços médicos que realizarem os exames deverão determinar as empresas à adoção de medidas cabíveis de controle de riscos no ambiente de trabalho e encaminhar o trabalhador para tratamento. Os exames relacionados às relações do trabalho são admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissional.

Através dos testes genéticos ou *screening*, obtém-se informações sobre o diagnóstico de doenças, identificação de indivíduos e estabelecem-se as suas características biológicas e de seus familiares. O teste genético é a mais importante aplicação prática do conhecimento sobre o genoma humano para conhecer os detalhes do código genético de cada pessoa. (ECHTERHOFF, 2010, p. 78). Os testes genéticos podem detectar genes com predisposição para uma doença, mas que dependem da influência de outras condições de fatores externos, como ambiental.

A exigência de atestados admissionais e demissionais que revelam a capacidade de trabalho de uma pessoa para determinados tipos de atividade terá de passar por um estudo, a fim de conter a tendência que certamente se instalará na requisição de informações genéticas e na avaliação de dados sensíveis, reveladores de aspectos da personalidade e da intimidade da pessoa, bens jurídicos que devem ser tutelados não somente de maneira repressiva, mas preventiva. (NASSIF, 2017)

Os testes genéticos podem ser realizados em avaliação periódica sobre alteração no material genético em razão de fatores externos. Há vantagens neste procedimento para o contrato de trabalho, permitindo a delimitação de áreas para avaliação de práticas de segurança e saúde no local de trabalho, bem como a detecção de riscos de exposição a substâncias potencialmente perigosas e riscos desconhecidos. Os testes também podem acontecer pela análise de forma ampla das características hereditárias dos trabalhadores, ou daqueles que são candidatos a emprego (seleção genética). Neste caso, os testes têm como

objetivo verificar a presença de traços genéticos que indiquem a predisposição a uma doença, quando o indivíduo estiver exposto a fator ou substância presente no local de trabalho, bem como analisar condições hereditárias não associadas ao local de trabalho, mas que podem influenciar na prestação do serviço. (VIANA, 2014, p. 25-26)

Importante o comentário de Gisele Echterhoff sobre o uso das informações genéticas, que podem levar a benefícios se bem utilizadas, mas também à discriminação por sua utilização inadequada. As consequências do uso inadequado e abusivo dos dados genéticos podem ser imensas, uma vez que servirão para identificar e julgar os seres humanos, podendo acarretar discriminação de seu portador, a sua estigmatização, trazendo consequências nas esferas familiar, profissional e social. No campo do mercado de trabalho, objeto desta pesquisa, mais uma vez ressalta-se que poderá acarretar a exclusão do empregado ou a não contratação do candidato que tem probabilidade de desenvolver a doença, muitas vezes apenas em um futuro remoto e sob certas condições ambientais. (ECHTERHOFF, 2010, p. 82-83)

Carlos María Romeo Casabona esclarece que os objetivos dos empregadores na aplicação dos testes, que somente atenderiam aos interesses deles mesmos, em detrimento do indivíduo investigado, seriam: (a) realizar uma seleção negativa, a qual tem como propósito a não contratação de candidatos para os quais tivessem sido diagnosticadas doenças de potencial manifestação posterior ou aquelas de predisposição de origem multifatorial, ou seja, nas quais diversos fatores influenciariam no desenvolvimento da doença (enfermidades poligênicas, como por exemplo as do aparelho cardiorrespiratório, o câncer), entre eles o meio ambiente, seja este relacionado ou não às condições de trabalho; (b) realizar uma seleção positiva, que tem como propósito a escolha de trabalhadores mais aptos para um ambiente de trabalho determinado “de acordo com suas características genéticas (maior resistência física ao sono, a determinados agentes tóxicos cancerígenos, etc.). O empregador estaria selecionando, assim, o candidato mais adequado e reduzindo custos com a adoção de medidas preventivas para a redução de riscos para a saúde derivados da própria atividade produtiva. (CASABONA, 1999, p. 74)

A discriminação genética do trabalhador, ou seja, a utilização de suas informações genéticas como fator discriminatório, pode se dar nas mais diversas fases do contrato de trabalho. Tal prática discriminatória pode ocorrer na fase pré-contratual, com a utilização de tais informações para decidir, por exemplo, se haverá ou não a contratação do trabalhador, bem como pode ocorrer na vigência da relação empregatícia (por exemplo, para fins de conceder ou não, ao empregado, uma promoção ou ascensão no cargo) e, ainda, os dados

genéticos podem vir a ser utilizadas de forma ilicitamente discriminatória, até mesmo, no momento de uma decisão acerca da dispensa do trabalhador. O que ora se defende é a vedação ao empregador em pretender violar a intimidade do pretense empregado, por meio da realização de perguntas que não apresentem relação com o posto de trabalho desejado, sendo imperioso concluir que tal vedação inclui a questão da intimidade genética do trabalhador, de modo que não deve a empresa investigar seus dados genéticos com o fito de verificar as eventuais enfermidades ou condições de saúde futuras do trabalhador, mas tão somente as condições atuais em que ele se encontra, com vistas a aferir se, no presente, ele possui condições de desenvolver o trabalho proposto. (ASSIS JÚNIOR, 2009, p. 31)

A discriminação genética é mais presente entre as tratativas e a formalização dos contratos de trabalho quando, após conhecer e selecionar o candidato, são exigidas dele informações médicas, normalmente a partir de exames laboratoriais clínicos. Vale destacar que é sempre comum haver mais candidatos do que vagas, permitindo diversas opções de escolha para o empregador. (ALVARENGA, 2013, p. 147)

Nos termos do Art. 422 do Código Civil, a boa-fé objetiva é aplicada nos momentos de conclusão do contrato e de sua execução. Consequentemente, tudo que ocorre antes da formalização do contrato e após o seu fim não seria permitida a incidência do princípio.

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 18) entende que:

[...] os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na formula do art. 422 os períodos pré e pós-contratual, dentro das quais o princípio da boa-fé tem importância fundamental para a criação de deveres jurídicos para as partes, diante da inexistência nessas fases de prestação a ser cumprida. Essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedentes e posterior do contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito.

Sem dúvida, há um espaço de liberdade para os contratantes de eventual desistência a ser preservado, em razão da autonomia privada negocial. O risco de desistência é inerente ao negócio antes da formação do contrato. Mas há outro espaço protegido em razão dos princípios fundamentais, de boa-fé, da aparência, da confiança, geradores de deveres gerais de conduta para os contratantes. (LOBO, 2012, p. 86)

A partir desta compreensão da boa-fé objetiva, os contratos de trabalho devem reger-se ante este princípio. Assim, para se realizar os testes genéticos, o trabalhador necessita dar o seu consentimento claro e deve ter a informação expressa e por escrito do que será

analisado com base em sua amostra sanguínea, enfim, todo o processo deve ser transparente para o indivíduo.

Ao refletir-se sobre a matéria da discriminação originária no acesso à informação genética, a discriminação não acontece em um momento específico da relação jurídica, pois tanto na fase pré como pós-contratual, ou até no final do contrato, a divulgação de determinada informação adquirida pode ser prejudicial para a pessoa. A informação sobre a potencialidade de desenvolver doença resultante de aspecto genético pode tolher o contratante em contratar o candidato se a informação foi adquirida antes da formalização do contrato; podendo causar situação prejudicial mesmo após a extinção do contrato, desde que a informação seja difundida, acarretando obstáculo à candidatura a um novo emprego. Também pode haver obstáculo à continuidade do contrato, se a informação prejudicial vier no curso do contrato. (MORAES JUNIOR, 2016, p. 124)

Por outro lado, também há a possibilidade de discriminação legítima no âmbito das relações laborais e, portanto, não ofensiva ao direito à igualdade, quando o critério de diferenciação adotado se encontra plenamente justificado pela situação fática. Há procedimentos nas relações do trabalho em que circunstâncias permissivas do uso de dados genéticos do trabalhador pela empresa não resvalam para a ilegitimidade, como, por exemplo, na situação em que tenha sido realizado exame genético e constatada a probabilidade de o empregado ser, no futuro, acometido de leucopenia, que é enfermidade relacionada à redução dos leucócitos no sangue. Tratando-se de empresa cuja atividade esteja vinculada ao ramo químico onde se utiliza o benzeno no processo produtivo ou como matéria-prima, é absolutamente legítimo o comportamento empresarial destinado a afastar o trabalhador de qualquer contato com aquela substância em razão da alta probabilidade de contração da doença pelo empregado. O exame é amparado por dados estatísticos e científicos que comprovam, de forma objetiva, que há inegável correlação entre a exposição ao benzeno e a redução de glóbulos brancos no sangue. (SILVA NETO, 2009, p. 243)

Sendo assim, embora aqui se defenda e se ressalte a relevância da não discriminação do trabalhador, bem como da adequação das empresas às necessidades de seus empregados, inclusive no tocante à menor nocividade do meio ambiente de trabalho, o fato é que não há como se negar a existência de situações em que o trabalhador, realmente, não apresenta condições de colocar-se em um determinado posto de trabalho. Tal situação ocorre, por exemplo, quando se verifica que a propensão genética e o meio ambiente de trabalho, de forma combinada, determinam a instalação da doença, de modo que a imposição da contratação daquele trabalhador acarretaria a necessidade de atendimento a tamanhas

exigências que acabariam por inviabilizar a atividade a ser desenvolvida pelo contratado ou tornar inviável o próprio negócio, sendo que, em uma hipótese como essa, a utilização dos dados genéticos serviria à proteção do próprio trabalhador e da coletividade de trabalhadores, que depende dos empregos gerados por aquele empreendimento. Os resultados de tais análises não podem ser usados para a exclusão do trabalhador ou do candidato. O temor é a banalização da utilização de dados genéticos que poderiam ocorrer apenas de forma excepcional, pois certamente os empregadores, caso não houvesse um controle dessa discriminação genética, seriam tentados a sempre realizar testes genéticos ao invés de buscar investir em segurança e qualidade do meio ambiente de trabalho, principalmente no intuito de reduzir os custos que tais investimentos representam. (SILVA, 2011, p. 86)

CONCLUSÃO

O ser humano tem direito ao trabalho, como seu principal meio de subsistência, e através dele torna-se digno e capaz de prover o seu lar. O vínculo existente entre o direito ao trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana é muito forte, estando diretamente ligado à integridade de cada ser humano e o direito que ele tem a um trabalho digno e seguro, que lhe dê suporte para suprir todas as suas necessidades e a de sua família.

A capacidade profissional do ser humano e a sua aptidão para determinado trabalho não pode em hipótese alguma ser sombreada pela predisposição genética para uma enfermidade e ser fator discriminatório do ser humano no mercado de trabalho, causando grave ofensa à dignidade da pessoa humana e ao princípio da igualdade. O ato discriminatório em tela é um retrocesso na caminhada dos direitos humanos, além de negar o próprio esforço da ciência de combater doenças no futuro. A pesquisa sobre genes ainda tem muito a avançar e, atualmente, pode-se afirmar que essas predisposições genéticas são meramente previsões terapêuticas que o indivíduo pode vir a ter. Não é uma certeza absoluta. Ela dependerá de diversos fatores como ambientais, familiar, sociais, educativos e culturais de cada um.

A matéria é protegida pela Constituição Brasileira através dos princípios fundamentais, mas ainda há muito a se legislar sobre o assunto na esfera infraconstitucional, tomando-se por direcionamento a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos de 1997.

A discriminação genética é uma ameaça a integridade moral e psíquica do trabalhador, clamando para que seja positivada uma legislação específica sobre a matéria para disciplinar a admissão de testes genéticos no Brasil, protegendo, assim, os direitos fundamentais do trabalhador.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e o poder empregatício**. São Paulo: Ltr, 2013. p. 147
- ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. **Intimidade genética, planos de saúde e relações de trabalho**. 2009. Revista de Mestrados da UFBA, n. 19, p. 31.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *Bioética, biodireito e direitos humanos*. **Revista Ethica**, v. 5, no. 1, 1998. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/direitos_globais/paradigmas_textos/v_barreto.html> Acesso em: 29 de julho de 2017.
- BERGEL, Salvador Dario. **Los derechos humanos entre la bioética y la genética**. Acta Bioethica 2002; año VIII, nº 2, p. 323. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art11.pdf>> Acesso em: 30 de julho de 2017.
- Brasil. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20995>> Acesso em: 29 de julho de 2017.
- Brasil. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei 4610, de 1998. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralimagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=4610&intAnoProp=1998&intParteProp=1#> Acesso em: 30 de julho de 2017.
- Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/CON1988.pdf> Acesso em: 29 de julho de 2017.
- CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. Monografias. São Paulo: IBC Crim., 1999. p.74.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed., São Paulo: LTR, 2009.
- ECHTERHOFF, Gisele. **Direito à Privacidade dos Dados Genéticos**. Curitiba: Ed. Juruá, 2010, p.82-83
- LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 20-21.
- LIMA NETO, Francisco Vieira. **Ética, mapeamento de DNA e discriminação genética: novos desafios da pós-modernidade**. *Bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro:Ed. Forense, 2004. p. 85.
- LOBO, Paulo. **Contratos**. São Paulo: Ed.Saraiva, 2012. p. 86
- MALLET, Estevão. **Igualdade e discriminação no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013. p. 98.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 18.

MORAES JUNIOR, Ariel Salete de. **Acesso às Informações Genéticas do Trabalhador.** Curitiba: Ed. Juruá, 2016, p. 124.

NASSIF, Elaine Noronha. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_60/Elaine_Nassif.pdf> Acesso em: 01 de agosto de 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Vol. III, 17ª. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p.18.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

SILVA, Marcelo Pinto da. **Princípio da vulnerabilidade: fundamento da responsabilidade civil objetiva por violação ao direito à intimidade genética nas relações de consumo e de emprego no Brasil contemporâneo.** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 86.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constituição, discriminação genética e relações de trabalho.** Revista de Direito do Trabalho, 2009, RDT 133, p. 242.

UNESCO - **A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000055.pdf>> Acesso em: 28 de julho de 2017.

UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 30 de julho de 2017.

VIANA, Roberto Camilo Leles. **Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?** São Paulo: Ltr, 2014. P. 25-26.